

University of Groningen

Wetende dat

Doelder, H. de

Published in:

Pet af : liber amicorum D.H. de Jong

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Doelder, H. D. (2007). Wetende dat. In *Pet af : liber amicorum D.H. de Jong*

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Wetende dat

H. DE DOELDER ^o

1. Inleiding

In Aruba, het land waaraan Dirk Herman de Jong als hoogleraar verbonden blijft, is een algehele herziening van het Wetboek van Strafrecht gaande. In februari 2007 is aan de Minister van Justitie door de Commissie Herziening Wetboek van Strafvordering een concept voor een nieuwe wet aangeboden. De nieuwe versie van het wetboek is weliswaar gebaseerd op het Nederlandse Wetboek, doch van de gelegenheid is gebruik gemaakt om voor diverse kwesties die zonder grondige kennis van de jurisprudentie door de burgers niet meer begrepen kunnen worden, een oplossing te bieden door verduidelijking van de wetstekst. In dit kader zijn we gestuit op het begrip ‘wetende dat’.

In dit artikel zullen, na een korte inleiding, enige arresten worden besproken waarin de Hoge Raad de term ‘wetende dat’ dusdanig heeft uitgelegd, dat daaronder ook het zogenaamde voorwaardelijk opzet kan vallen. Door een analyse van de argumenten van de Raad en de literatuur wordt bezien of een leidraad kan worden gevonden voor een duidelijkere formulering van de bedoeling van de wetgever. Daarbij wordt ruime aandacht besteed aan de opvatting van De Jong zelf. Tot slot zal de Arubaanse oplossing worden gepresenteerd als een model, dat ook in Nederland als uitgangspunt zou kunnen dienen.

In tal van bepalingen komt het begrip ‘wetende dat’ in het huidige wetboek voor, in diverse bewoordingen en al dan niet gevolgd door een schuld-vorm. We noemen hier enige voorbeelden: in art. 214 Sr (het voorhanden hebben van hulpmateriaal voor vervalsingen) staat de term ‘weet dat’; in art. 188 Sr (valse aangifte) de term ‘wetende dat’ (welke term overigens het meest voorkomt); in art. 135 Sr (verzwijging van samenspanning) staat ‘kennisdragende dat’ en in art. 368 Sr (niet melden vrijheidsberoving) staat ‘na kennis te hebben bekomen’, terwijl art. 381 Sr (piraterij) ook spreekt van ‘bekend met’.

Het uitgangspunt van de Nederlandse wetgever bij deze formuleringen zou¹ zijn geweest dat ‘wetenschap’ onvoorwaardelijk is: het betreft een vorm van zekerheid bij de dader. Vond de wetgever deze eis te streng (wat meestal te maken heeft met de bewijsbaarheid van die wetenschap), dan nam hij in de wetsbepaling een alternatief op waardoor een serieus vermoeden al voldoende kan zijn: zo vereist art. 285a Sr (beïnvloeding getuigen) ‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden; art. 98

^o Hoogleraar straf(proces)recht Erasmus Universiteit Rotterdam.

¹ Deze grammaticale interpretatie wordt verderop in dit artikel betwist.

Sr (schending staatsgeheimen) ‘weet of redelijkerwijs moet vermoeden’; art. 418 Sr (strafbaar uitgeven) ‘wist of moest verwachten’, terwijl in het huidige wetboek in Aruba (art. 390 ArSr, schending telecommunicatiegeheim) ook nog voorkomt de combinatie: ‘weet of redelijkerwijs kan vermoeden’.

Nu heeft zich in de laatste jaren meermalen de vraag voorgedaan of ook voorwaardelijk opzet (‘het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans’) onder wetenschap (zekerheid van weten), kan vallen, of, juister gezegd: of het bestanddeel ‘weten’ ook bewezen kan worden door de vaststelling dat verdachte de aanmerkelijke kans bewust heeft aanvaard. Volgens het uitgangspunt van de toenmalige wetgever zou dat niet het geval zijn geweest, maar de Hoge Raad heeft in een aantal gevallen anders geoordeeld, met name wanneer aan een wetswijziging een argument kon worden ontleend om de strafbepaling ruimer toepasselijk te maken, dan uit de strikte opvatting van ‘wetende dat’ zou voortvloeien. Hieronder gaan we eerst dieper op deze ar-resten in.

2. Uitspraken van de Hoge Raad

HR 19 januari 1993, *NJ* 1993, 491 over art. 416 Sr (heling, het huidig art. 431 ArSr (oud). Ten laste van verzoeker was bewezen verklaard dat hij in 1989 een kleurentelevisie had geheeld. Het Hof had geoordeeld dat verdachte bewust de aanmerkelijke kans had aanvaard dat hij handelde ten aanzien van een kleurentelevisie, die door misdrijf was verkregen. Ten tijde van de behandeling door de Hoge Raad was per 1 februari 1992 in Nederland echter de wetstekst veranderd: in plaats van de oude formulering (‘hij, die *opzettelijk* enig door misdrijf verkregen voorwerp verkoopt...’)², staat er ‘hij, die een goed verwerft (...) terwijl hij ten tijde van de verwerving (...) *wist dat* het een door misdrijf verkregen goed betrof’. De vraag werd opgeworpen of er nu niet een gunstigere strafbepaling in de zin van het tweede lid van art. 1 Sr was ontstaan. Dat het begrip ‘opzet’ ook ‘voorwaardelijk opzet’ kan beslaan, was onomstreden, maar niet duidelijk was of dat ook zou gelden voor het begrip ‘wist dat’. De Hoge Raad oordeelde op grond van de wetgeschiedenis, dat onder ‘weten dat’ in de zin van dit artikel inderdaad is begrepen de bewuste aanvaarding van de aanmerkelijke kans dat een goed door misdrijf is verkregen. Er kon derhalve niet worden gesproken van verandering van wetgeving en de veroordeling bleef in stand. De wetgeschiedenis, waarop de Hoge Raad zich beroept, omvat in de memorie van toelichting de opmerking dat het wetsontwerp strekte tot ‘aanscherping van de art. 416-417bis Sr betreffende helingsmisdrijven’. Daardoor kon de Raad vaststellen dat met de nieuwe tekst niet werd beoogd te bewerkstelligen dat voor opzetheling na februari 1992 een striktere vorm van opzet zou zijn vereist dan voor de in het verleden geldende tekst.

² Een formulering die nog gehanteerd wordt in het huidige Arubaanse Wetboek.

In HR 16 februari 1994, *NJ* 1994, 32 worden de overwegingen herhaald: nu betrof het een andersluidend en afwijkend oordeel van het Hof 's-Hertogenbosch ten aanzien van de heling van een fiets.

HR 16 maart 1999, *NJ* 1999, 370 over art. 363 sub 1 Sr (omkoping): verdachte had als burgemeester een bedrag aangenomen, wetende dat deze gift hem werd gedaan teneinde hem te bewegen om de gever te begunstigen. Het Hof had aangenomen dat de verdachte dit doel heeft moeten begrijpen. Het middel betoogt dat het Hof ten onrechte heeft aangenomen dat onder 'wetende dat' in de zin van art. 363 Sr ook voorwaardelijk opzet kan worden begrepen. De Hoge Raad oordeelt, dat het middel berust op een verkeerde lezing, nu het Hof heeft aangenomen dat de burgemeester het doel moet hebben begrepen en ook heeft begrepen.

HR 21 november 2000, *NJ* 2001, 49 over art. 237 NSr (bigamie). Verdachte werd verweten dat hij wist dat zijn bruid met hem een dubbel huwelijk aanging. Zij was namelijk al in de Filippijnen gehuwd met de broer van verdachte, tenminste was er geen bewijs dat dat huwelijk inmiddels was geannuleerd. Het Hof oordeelde dat verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat zij nog gehuwd was toen hij met haar in het huwelijk trad. De Hoge Raad bevestigt dat onder de in het artikel voorkomende woorden 'wetende dat' mede voorwaardelijk opzet is begrepen, verwijzend naar de memorie van toelichting op art. 237 Sr, waarin staat dat voor toepasselijkheid van dit artikel vereist is 'het opzet tot bigamie, de wetenschap dus dat het vroeger huwelijk nog bestaat...'. Vervolgens wordt gesteld dat hieronder voorwaardelijk opzet is begrepen nu de opzet 'dan ook juist hierin bestaat dat hij een huwelijk aangaat, zonder zich te hebben verzekerd dat het vroegere huwelijk ontbonden of nietig verklaard is'. Redelijke wetstoepassing brengt volgens de Hoge Raad mede dat dit niet slechts geldt voor de situatie van het eerste lid van art. 237 Sr (het zelf dubbel gehuwd zijn), doch ook voor het tweede lid (het dubbel huwen van de wederpartij), in aanmerking genomen dat voor dat geval dezelfde redenering geldt.

HR 3 december 2002, *NJ* 2004, 353 over art. 243 Sr (gemeenschap met lichamelijk onmachtige). Het arrest handelde over een verdachte die een vrouw, van wie hij zag, dat zij – op zijn zachtst gezegd – aangeschoten was door drankgebruik, seksueel was binnengedrongen. In een overweging ten overvloede (het directe bewijs van wetenschap was in casu aanwezig) stelt de Hoge Raad, dat naar het thans geldende recht van de in art. 243 Sr bedoelde wetenschap van de dader ook sprake is indien er voorwaardelijk opzet vastgesteld is. De Hoge Raad beargumenteert zijn zienswijze met een expliciet beroep op de wetsgeschiedenis: aanvankelijk zou de wetgever onder 'weten' als bedoeld in dat artikel niet ook het voorwaardelijk opzet hebben willen begrijpen, doch de Raad houdt rekening met de bedoeling van een latere wetswijziging (uitbreiding van categorie te beschermen personen).

Op grond van deze uitspraken zou de conclusie van AG Vellinga voor HR NJ 2004, 353 kunnen worden onderschreven:

‘Zo rijst uit de rechtspraak het beeld op dat onder “weten” voorwaardelijk opzet niet wordt begrepen tenzij uit de wetsgeschiedenis het tegendeel volgt. Eigenlijk is dat ook niet verwonderlijk. Wil onder “weten” meer dan “weten” begrepen worden dan ligt het voor de hand dat voor een dergelijke extensieve interpretatie uitdrukkelijke argumenten noodzakelijk zijn.’

3. Literatuur

De gewone strafrechtelijke leerboeken³ hebben zich alle over de kwestie gebogen. R Emmelink was een van de weinigen, die in het bijzonder gewicht toekent aan de ‘Wortlaut’: ‘wetenschap is immers, naar algemeen spraakgebruik, bewustzijn van een redelijke mate van zekerheid...’⁴ In Noyon-Langemeijer-Emmelink wordt vermeld: ‘waarschijnlijk heeft een opvatting die een differentiatie aanbrengt al naar gelang de bedoeling van de wetgever en die erkent dat de wil van de wetgever soms sterker is dan de gewone betekenis die de samenstelling ‘wetende dat’ heeft, de sterkste papieren’.⁵ De bewerkers van deze uitgave, Fokkens en Machielse, hadden zich ieder eerder als AG voorstander getoond van de opvatting dat er geen wezenlijk verschil bestaat tussen de wettelijke termen ‘wetende dat’ en ‘opzettelijk’.⁶ Kennelijk zijn zij toch naar een meer genuanceerd standpunt opgeschoven. Nu we het toch even over de advocaten-generaal hebben, AG Vellinga kwam, zoals hierboven aangehaald, tot de conclusie dat ‘wetende dat’ slechts voorwaardelijk opzet omvat indien daarvoor uitdrukkelijke argumenten aanwezig zijn.

Een belangrijk pleitbezorger voor de uitwisselbaarheid van de termen was Brouns⁷ en Sikkema is weer voorstander van de opvatting ‘niet, tenzij’⁸.

³ Ik noem verder W. Nieboer, *Schets Materieel Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 178-179, J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 233 – 236, in het bijzonder p. 235 (2^e druk, p. 250-251).

⁴ D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, twaalfde druk, bewerkt door J. Emmelink, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1991, p. 195.

⁵ T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Emmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, voortgezet door J.W. Fokkens en A.J. Machielse, zevende druk, Deventer: Kluwer losbladig, Opzet, aant. 8, suppl. 132.

⁶ Voor NJ 1993, 491 resp. voor NJ 1999, 370. Ook AG Van Dorst lijkt in zijn conclusie voor NJ 1997, 600 daarvan uit te gaan.

⁷ *Opzet in het Wetboek van Strafrecht* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 228 – 232.

⁸ E. Sikkema, ‘Weten en begrijpen’, *DD* 1999, p. 998 – 1015.

4. Opvatting van De Jong

Nu deze bijdrage gewijd is aan De Jong, lijkt het me juist speciale aandacht te besteden aan zijn noot onder *NJ* 2004, 353. Hij stelt daar: ‘De rechtspraak van de Hoge Raad betreffende deze kwestie kenmerkt zich tot nu toe tot een gedifferentieerdere aanpak. Er kunnen specifieke redenen zijn om in een bepaalde wettelijke delictschrijving ook voorwaardelijk opzet onder weten te rekenen. Volgens sommigen zijn dit delictsgebonden uitzonderingen die wijzen op de hoofdregel dat weten beperkter is dan opzet. Maar het aantal delictschrijvingen waarbij de Hoge Raad afwijkt van deze veronderstelde regel wordt groter. Terecht acht De Hullu aanneemelijk dat deze ontwikkeling meer algemene consequenties heeft voor de onderhavige kwestie. Hij pleit na afweging van de verschillende argumenten ook voor de opvatting ‘dat het bestanddeel “wetende dat” een algemene en gewone uitdrukking voor opzet is, waarvoor in beginsel het vaststellen van voorwaardelijk opzet voldoende is’. Ik sluit mij bij hem en enkele andere door hem genoemde auteurs aan, met dien verstande dat er (spiegelbeeldig) delictsgebonden redenen kunnen zijn om bij wijze van uitzondering een beperktere uitleg aan weten te geven. De Hoge Raad lijkt echter voorlopig huiverig te zijn voor het kiezen van een meer generaliserende ruime uitleg van weten’.

Dan volgt kritiek van De Jong op het onderhavige arrest. De stelling van de Raad, dat de oorspronkelijke idee waarvan de wetgever destijds uitging een restrictief opzetbegrip was, betwist De Jong, verwijzend naar de door de Raad aangehaalde tekst (waaruit die stelling in zijn ogen juist niet kan worden afgeleid) en naar het rapport van de Regering aan de koning naar aanleiding van het advies van de Raad van State: ‘De uitdrukkingen *wetende dat*, *desbewust* enz., die in het ontwerp der Staatscommissie voorkwamen, zijn ter bevordering van eenheid van uitdrukking, waar dit, zonder aan de duidelijkheid te kort te doen, kon geschieden, hier en daar met eenigszins andere zinswending, vervangen door het woord *opzettelijk*. Van dat woord evenwel zijn de uitdrukkingen: *met het oogmerk* (...) in geen deele ‘surrogaten’ (HJ Smidt I (1891), p. 78’.

De Jong vervolgt: ‘Deze tekst biedt een duidelijk aanknopingspunt voor de mening dat in de ogen van de regering ‘wetende dat’, in tegenstelling tot ‘met het oogmerk’, synoniem was aan ‘opzettelijk’. Voorzover men uit de wetsgeschiedenis van het einde van de 19^e eeuw een opvatting van de regering of de wetgever over onze kwestie zou menen te kunnen afleiden, lijkt mij die derhalve een andere kant uit te wijzen dan door de Hoge Raad wordt aangegeven’. Vervolgens acht De Jong ook de argumenten van de Hoge Raad om thans anders te oordelen dan destijds de bedoeling zou zijn geweest discutabel. Voorwaardelijk opzet in combinatie met termen als ‘een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestesvermogen (...) dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden’ is moeilijk af te grenzen; De Jong: ‘Deze mij aansprekende benadering zou in feite meebrengen dat

het in art. 243 Sr geformuleerde weten in relatie tot de staat van verminderd bewustzijn alleen weten of begrijpen inhoudt. Er zijn derhalve mijns inziens delictsgebonden aanknopingspunten om onder weten in art. 243 in ieder geval in relatie tot het later in deze bepaling ingevoegde verminderd bewustzijn als uitzondering op de door mij hierboven bepleite hoofdregel niet voorwaardelijk opzet te rekenen.' Ik heb de noot van De Jong hier zo uitgebreid aangehaald, omdat die getuigt van een wijs inzicht in de problematiek. Ik ben het dan ook van harte met zijn zienswijze eens.

5. Eigen commentaar

Mijn conclusie kan geen andere zijn, dan dat de wetgever destijds in de negentiende eeuw van mening was dat 'wetende dat' slechts een andere omschrijving van de 'opzet'-vorm was. Eigenlijk heeft de Hoge Raad dat ook telkens, als hij gedwongen werd zich daarover in concreto uit te laten, erkend.

Zo heeft de Hoge Raad in *NJ* 2004, 353 duidelijkheid geschapen over art. 243 Sr (seksueel verkeer met onmachtige), hoe anders men ook had kunnen lezen uit *NJ* 1997, 600 en HR 12 februari 2002, *NJ* 2002, 328. Met betrekking tot art. 237 Sr (bigamie) en art. 416 Sr (heling) is gelijk al uitgemaakt dat onder 'wist dat' voorwaardelijk opzet kon worden begrepen.

In het arrest van *NJ* 1999, 370 over art. 363 Sr (omkoping) heeft de Raad een dergelijke ferme uitspraak ontweken door te overwegen dat het hof de voorwaardelijk opzetredenering niet had gevolgd, doch het bestanddeel 'wetende dat' had bewezen verklaard door vast te stellen dat de verdachte het verboden doel moet hebben begrepen en dus ook daadwerkelijk heeft begrepen.

Maar daaruit kan men niet de conclusie trekken dat deze gelijkstelling te allen tijde dient te gelden. Er zijn situaties en strafbare feiten denkbaar, waarin het toch uit het oogpunt van zuiverheid van wetgeving een goede zaak is, dat de voorkeur wordt gegeven aan de grammaticale interpretatie van het woord 'wetende dat' en dat derhalve de voorkeur wordt gegeven aan strengere eisen dan het voorwaardelijk opzet stelt. In de volgende paragraaf zal ik hier nader op ingaan.

Over het arrest *NJ* 1999, 370 wil ik nog het volgende opmerken: kennelijk is de Raad van mening, dat onder 'weten' wel 'begrijpen' is te omvatten, nog afgezien van de vraag of ook 'voorwaardelijk opzet' valt onder 'weten'. De vraag kan worden gesteld of 'weten' inderdaad ook door 'begrijpen' kan worden bewezen. Ook De Jong is een dergelijke mening toegedaan: Hij stelt in zijn noot onder *NJ* 2004, 353: 'Dat onder 'weten' in ieder geval nog wel 'begrijpen' kan worden gebracht, wordt niet betwist: men zou dus kunnen zeggen dat 'weten' minst genomen de opzetschakeringen zekerheidsbewustzijn en waarschijnlijkheidsbewustzijn omvat.' Ik zou die mening toch graag wel willen betwisten. Is er eigenlijk wel verschil tussen 'begrijpen' (dat dan een waarschijnlijkheidsbewustzijn zou omvatten) en voorwaardelijk

opzet? We maakten oorspronkelijk inderdaad onderscheid tussen waarschijnlijkheidsbewustzijn en mogelijkheidsbewustzijn. Dit laatste begrip zou dan – in combinatie met het bewust op de koop toe nemen – kunnen worden aangeduid als ‘voorwaardelijk opzet’. Sikkema stelt dat begrijpen *meer* is dan voorwaardelijk opzet, omdat een ‘redelijke mate van zekerheid’ of ‘een grote mate van waarschijnlijkheid’ nog altijd meer is dan een ‘aanmerkelijke kans’. Maar is begrijpen wel alleen synoniem voor een *grote* mate van waarschijnlijkheid? En heeft voorwaardelijk opzet zich niet opgewaardeerd tot een waarschijnlijkheidsbewustzijn? Ik zou zeker menen van wel. Sinds de Raad de term: ‘het willens en wetens bloot stellen aan de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans’ (HR 9 november 1954, *NJ* 1955, 55) heeft vervangen door ‘het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans’ is dat immers feitelijk het geval. De bewust aanvaarde kans dient echt *aanmerkelijk* te zijn (Vgl. de HIV-arresten HR 18 januari 2005, *NJ* 2005, 154 en HR 20 februari 2007, nr. 02965/05), waardoor de eenvoudige mogelijkheid onvoldoende is en de bewust aanvaarde kans een belangrijke mate en misschien kan ik inderdaad zelfs wel zeggen, een grote mate van waarschijnlijkheid in zich moet hebben.⁹

6. De Arubaanse oplossing

Nu voor het Arubaanse wetboek een algemene herziening wordt voorbereid, is van deze gelegenheid gebruik gemaakt om een eind te maken aan mogelijke onzekerheid op dit punt. Er is voor gekozen bij die delicten waar naar de mening van de nieuwe wetgever voorwaardelijk opzet en niet zekerheidsweten de ondergrens voor strafrechtelijke aansprakelijkheid moet zijn, de term ‘wetende dat’ of vergelijkbare bewoordingen te vervangen door het begrip ‘opzet’. In andere gevallen is in de memorie van toelichting apart aandacht gevraagd voor de opvatting dat in dat geval de term wetenschap ‘onvoorwaardelijk opzet’ inhoudt en dus voorwaardelijk opzet uitsluit. In een beperkt aantal gevallen is voor een iets andere oplossing gekozen.¹⁰ In de gevallen dat de opzetwetenschap gecombineerd is met een vorm van schuldwetenschap is dat meestal blijven staan: dat resulteert in (voornamelijk) twee mogelijke combinaties: ‘weten of ernstige reden hebben om te vermoeden’ dan wel ‘weten of redelijkerwijs moeten vermoeden’. Het zal duidelijk zijn dat ‘ernstige reden hebben om te vermoeden’ een zwaardere schuldvorm is dan ‘redelijkerwijs moeten vermoeden’. In de gevallen waarin ‘weten’ wordt gecombineerd met een vermoeden, omvat ‘weten’ ook voorwaardelijk opzet. Uit deze formulering blijkt immers dat de wetgever het hele scala van het zekerheidsweten tot en met het vermoeden heeft willen dekken.

⁹ Ook de toenmalige AG Fokkens merkte in zijn conclusie gepubliceerd in *NJ* 1993, 491 in dit verband op, dat het voorwaardelijk opzet niet is ‘het ‘bewust de mogelijkheid aanvaarden’, dat is te zwak, maar het ‘bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden’”.

¹⁰ Zie voor uitwerkingen de volgende paragraaf.

Over dit laatste nog het volgende: men zou ook kunnen menen dat in de combinatie ‘weten of ernstige reden hebben te vermoeden’ dan wel ‘weten of redelijkerwijs moeten vermoeden’ de voorwaardelijke opzet niet te rubriceren is onder ‘weten’, doch onder een van de twee alternatieven ‘ernstige reden hebben te vermoeden’ dan wel ‘redelijkerwijs moeten vermoeden’. Ik zou menen van niet. In de eerste plaats wordt ook in de huidige dogmatiek het materieelrechtelijke begrip ‘wetende dat’ procesrechtelijk ingevuld door een voorwaardelijk opzet-constructie. Dat betekent dat voorwaardelijk opzet het bestanddeel ‘wetende dat’ bewijst. Ik zie geen reden dat in de hier bedoelde combinaties anders te doen. In de tweede plaats zijn die genoemde alternatieven (‘ernstige reden hebben te vermoeden’ dan wel ‘redelijkerwijs moeten vermoeden’) m.i. schuldvarianten. Zij missen namelijk namelijk de voor opzet vereiste wil. Bij voorwaardelijk opzet wordt de aanmerkelijke kans bewust (dat wil zeggen willens en wetens) op de koop toe genomen en dat vereiste geldt niet voor de schuldvarianten.

7. Uitwerkingen

Uiteindelijk heeft Aruba gekozen voor de volgende oplossingen:

Na ampel beraad zijn bijvoorbeeld de voorgestelde art. 2.7.23 ArSr (195 Sr, uitoefening van een ontnomen recht), 2.12.2, eerste lid en onder 2° ArSr (237 Sr, huwelijk met gehuwde wederpartij), 2.13.6 ArSr (243 Sr, gemeenschap met bewusteloze), 2.17.2/4 (275/7, handelingen met betrekking tot slavenschepen) en 2.28.29 (379 Sr, als ambtenaar sluiten van dubbel huwelijk) in die zin aangepast, dat ‘wetende dat’ is vervangen door het woord ‘opzettelijk’ en dat in de memorie van toelichting ook duidelijk is opgenomen dat de wetgever van mening is, dat daaronder het voorwaardelijk opzet is te begrijpen.

Deze keuzes zijn geen verrassing en liggen geheel in de lijn van de uitspraken van de Hoge Raad, die zich immers telkens gebaseerd had op de wetshistorie van de desbetreffende bepalingen. Dit geldt minder voor art. 379 Sr, het als ambtenaar sluiten van een dubbel huwelijk. Daarover is nog geen uitspraak gedaan. Het lijkt echter redelijk om dezelfde gedachtegang te volgen als bij NJ 2001, 49: het sluiten van het huwelijk zonder zich er van te hebben verzekerd dat er geen beletsel is. Dit geldt te meer voor de ambtenaar die het huwelijk sluit. Hij dient te weigeren een huwelijk te sluiten indien hij weet heeft (ook in voorwaardelijke zin) van beletselen. Hij dient dan een onderzoek te doen en in elk geval pas het huwelijk te sluiten wanneer voor het voor hem duidelijk is dat er geen beletselen bestaan. Natuurlijk is een honderdprocent zekerheid niet te krijgen, maar dat hoeft ook niet: het gaat om een aanmerkelijke kans dat het fout zit: dat is de grens en dat risico mag de ambtenaar niet op de koop toe nemen. Is er sprake van een (veel) lagere kans, en heeft de ambtenaar gedaan wat hij redelijkerwijs kon doen om de mogelijke beletselen te verifiëren, dan kan hij het huwelijk sluiten zonder strafbaar te zijn.

In andere gevallen heeft de Commissie toch besloten om in de wet duidelijk te omschrijven dat er sprake dient te zijn geweest van echte wetenschap. In die gevallen is een voorwaardelijk opzet-redenering naar het inzicht van de Commissie onvoldoende om te komen tot strafwaardig gedrag. Het gaat bijvoorbeeld om de volgende delicten:

2.6.24 (174 Sr, verkoop schadelijke waren), 2.7.15 (188 Sr, valse aangifte), 26.1/2 (340/1 Sr, bankbreuk) en 2.28.1 onder 1°, 2° en 3° (355 Sr, minister-misdrijven).

Om deze onvoorwaardelijke wetenschap te omschrijven had volstaan kunnen worden met de handhaving van de term 'wetende dat' met in de toelichting daarbij opgenomen, dat het hier een onvoorwaardelijk weten betreft. Maar om nog duidelijker te maken dat er hier een nadrukkelijke beslissing ten grondslag ligt van de wetgever, is er voor gekozen in deze gevallen de term 'in de wetenschap dat' te gebruiken.

Over deze voorbeelden kan nog het volgende worden opgemerkt: art. 174 Sr (verkoop van schadelijke waren) is een zwaar misdrijf, waarvoor een langdurige gevangenisstraf kan worden opgelegd van maximaal vijftien jaren en na overlijden van een slachtoffer zelfs een levenslange gevangenisstraf. Het verkopen van waren is op zich niet een gevaarzettende handeling en derhalve past een onvoorwaardelijke wetenschap bij de ernst van het delict, waarbij nog kan worden opgemerkt dat de maximale straf in het Arubaanse wetsontwerp voor het gelijkkluidende schulddelict is gesteld op vier jaren.

Bij art. 188 Sr (valse aangifte) is de achtergrond meer een rechtspolitieke. De overheid wil dat de burgers haar zo veel mogelijk informeren over gebeurtenissen in de samenleving, opdat de overheid in het kader van haar zorgplicht voor de veiligheid van de burgers zo adequaat mogelijk kan reageren. Dan moet de burger van zijn kant ook weer niet bang hoeven te zijn voor het geval zijn aangifte niet waar blijkt te zijn: slechts als hij een aangifte doet in het volle besef dat deze vals is, is strafrechtelijk optreden op zijn plaats.

Bij de bankbreukartikelen (art. 340/1 Sr) gaat het over het handelen op een tijdstip waarop de schuldigte wist dat het faillissement niet kan worden voorkomen. Ook hier is gekozen voor een onvoorwaardelijke wetenschap. In de handel is de overgang tussen 'er slecht voorstaan' en faillissement vloeiend. Bovendien zijn er bedrijven, die jaren 'in de rode cijfers' staan, doch steeds door blijven gaan. Kortom: de voorwaardelijk opzet-redenering zou op dit terrein een te groot risico opleveren voor de normale handel.

Bij de ministermisdrijven van art. 355 Sr geldt een persoonlijke strafbaarheid van een minister die een handeling verricht die niet in overeenstemming is met de wet. Nu is een minister in ons staatsbestel erg afhankelijk van ambtelijke adviezen. Hij ondertekent heel wat besluiten en beslissingen, waarvan hij persoonlijk de wettelijke grondslag niet weet, en wellicht ook niet kan weten. Bovendien is het antwoord op de vraag of een bepaalde handeling in strijd is met de wet, niet eenvoudig te behandelen. De strafbepaling heeft niet tot doel de minister in zijn dagelijkse be-

stuurswerk te hinderen. Voordat een minister persoonlijk strafrechtelijk verantwoordelijk wordt gehouden, dient er sprake te zijn van een zekerheidswetenschap van de minister dat hij illegaal bezig was.

Tot slot blijft er nog een categorie over, waarbij niet gekozen is voor de ene, noch voor de andere oplossing, doch voor een andere variant.

Zo is in art. 2.5.27 lid 2 ArSr (142 Sr, misbruik alarmnummer) na het woord opzet het woord onrechtmatig¹¹ ingevoegd, zodat het bellen met een alarmnummer alleen strafbaar is, indien de beller dat opzettelijk onrechtmatig doet en er geen noodzaak daartoe aanwezig was. De achtergrond is te vergelijken met het doen van een valse aangifte, maar de argumenten gelden hier nog sterker: de burger, die gestommel hoort moet in angst kunnen bellen, ook als hij er bewust rekening mee houdt dat er een aanmerkelijke kans is dat zijn buurman rond stamp; burgers moeten vrijelijk kunnen bellen als ze iets verdachts horen of zien. Slechts in die gevallen dat het nummer voor een volstrekt ander doel gebeld wordt en het dus duidelijk misbruikt wordt, is een strafbaarstelling op zijn plaats.

In art. 2.28.1 onder 4° ArSr (355 Sr) betreft het ook een ministermisdrijf. Het gaat hier om het opzettelijk nalaten. Hier kon het woord wetenschap derhalve om grammaticale redenen moeilijker worden ingevoegd. Om er zeker van te zijn dat de strafbaarheid niet zo maar ook de voorwaardelijk opzet-variant omvat, is eveneens gekozen voor de invoeging van het woord 'onrechtmatig'. Anders dan in het vorige geval is het daarentegen weer niet nodig geoordeeld om het opzet te laten uitstrekken over die onrechtmatigheid: daartoe zijn de beide woorden gescheiden met het woord 'en'.

Dan de corruptieartikelen. De Hoge Raad had zich daar in een geval (NJ 1999, 370) over uitgesproken, oordelende dat 'wetende dat' in art. 363 Sr ook het voorwaardelijk opzet omvat. De Arubaanse voorstellen in de art. 2.25.8 en 2.15.8a (328ter Sr, niet-ambtelijke corruptie) en 2.28.12 tot en met 2.28.14 (de art. 362 tot en met 364, ambtelijke corruptie) gaan verder en omvatten nu in de voorstellen niet alleen 'weten', doch ook redelijkerwijs vermoedende. Hierboven zijn over deze combinatie reeds enige opmerkingen gemaakt.

Tot slot de helings- en witwasbepalingen. In art. 416 Sr wordt gesproken van een 'goed, terwijl hij ten tijde van de verwerving (...) wist dat het een door misdrijf verkregen goed betrof. Dienovereenkomstig wordt in art. 420bis Sr gesproken van een voorwerp, 'terwijl hij weet dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf'. De Arubaanse commissie was het met de Hoge Raad eens, dat onder dit weten het voorwaardelijk opzet dient te worden begrepen. Taalkundig was het met name in de helingsbepalingen lastig om het woord 'weten' te vervangen door 'opzettelijk'. Wat nu?

¹¹ In Nederland zouden we zeggen: wederrechtelijk, maar dat is weer een andere discussie.

Er is voor gekozen om in de art. 2.30.1 en 2.31.1 ArSr na het werkwoord ‘weten’ het woord ‘begrijpen’ toe te voegen, met de uitdrukkelijke opmerking in de memorie van toelichting, dat dit begrijpen het voorwaardelijk opzet omvat.

Ik verwijs hier gaarne naar mijn hierboven¹² gemaakte opmerkingen. Dat zou inderdaad tot gevolg kunnen hebben dat het ‘begrijpen’ op zich niet meer te rubriceren zou kunnen worden onder het ‘weten’. Dat is in het kader van het Arubaanse wetboek niet erg, omdat de term ‘weten’ als zodanig in het nieuwe wetboek niet meer zal voorkomen en het niet de bedoeling is dat met het ‘begrijpen’ bewijs geleverd kan worden voor het in de toekomst te bezigen woord ‘wetenschap’, dat immers slechts zekerheidswetenschap omvat en juist niet (enige vorm van) waarschijnlijkheidswetenschap. En ook in het kader van het huidige Nederlandse wetboek zou het niet zo erg zijn, dat onder begrijpen juist het voorwaardelijk opzet wel wordt begrepen, omdat m.i. de huidige invulling van het woord ‘begrijpen’ als waarschijnlijkheidsopzet (kennelijk vertaald door: een grote mate van waarschijnlijkheid) een onjuiste is. In mijn visie zouden we het woord ‘begrijpen’ eerder moeten vertalen met een soort aanmerkelijkheidsbewustzijn, hetgeen ik hierboven heb uiteengezet.

8. Samenvatting

In het huidige Nederlandse Wetboek van Strafrecht komt de term ‘wetende dat’ geregeld voor. Hoewel de wetgever destijds nadrukkelijk heeft aangegeven dat die, en andere omschrijving(en) als gewone varianten van het woord ‘opzet’ dienen te worden beschouwd, blijft die wetshistorische interpretatie het zowel in rechtspraak als literatuur telkens weer afleggen tegen de grammaticale interpretatie. Dat betekent dat telkens onduidelijk, althans onzeker is of onder het begrip ‘wetende dat’ het voorwaardelijk opzet wordt verstaan of niet. In de meeste gevallen die aan de Hoge Raad zijn voorgelegd, is uiteindelijk besloten dat het voorwaardelijk opzet wel degelijk het weten omvat. Daarbij heeft de Hoge Raad zich telkens beroepen op wetshistorische argumenten. De Jong heeft naar aanleiding hiervan terecht de regel geformuleerd, dat het begrip ‘wetende dat’ voorwaardelijk opzet omvat, tenzij er belangrijke argumenten zijn om daarover anders te denken.

In Aruba, het land waar De Jong zijn hoogleraarschap nog actief gaat voortzetten, is een vernieuwing van het Wetboek van Strafrecht voorzien. Daartoe ligt inmiddels een concept bij de Arubaanse Minister van Justitie. Schrijver dezes heeft deel mogen uitmaken van de herzieningscommissie. In Aruba heeft men ervoor gekozen de kwestie in alle gevallen op te lossen door het ingrijpen van de wetgever. Telkens is duidelijk aangegeven, welke wetenschapsvorm men voor een bepaald delict vereist. De eerste variant is het invoegen van het woord ‘opzettelijk’ (in plaats van het begrip ‘wetende dat’) met de nadrukkelijke verklaring in de toelichting dat daaronder

¹² In paragraaf 5.

voorwaardelijk opzet wel wordt begrepen. De tweede variant is de vervanging van ‘wetende dat’ door ‘in de wetenschap dat’ met de uitdrukkelijke vermelding dat daaronder voorwaardelijk opzet niet wordt begrepen. In andere gevallen is voor een gedifferentieerde aanpak gekozen. Een dogmatisch probleem daarbij is de nieuwe positie van het ‘begrijpen’. Betoogd is dat dat begrip niet langer valt onder ‘weten’, doch het best kan worden vertaald als de nieuwe omschrijving van voorwaardelijk opzet, nu de Hoge Raad steeds meer eisen is gaan stellen aan de aanmerkelijkheid van de bewust aanvaarde kans.

9. Nederlandse situatie

Waarom zou onze Nederlandse wetgever er eigenlijk niet toe overgaan om een einde te maken aan de huidige situatie, waarin de feitelijke reikwijdte van het begrip ‘wetende dat’ steeds wordt overgelaten aan de rechter? Het Wetboek van Strafrecht is immers gericht tot de burgers, die daarin moeten kunnen lezen welke handelingen kunnen worden bestraft. Wellicht gaan strafrechtbeoefenaren te arrogant uit van de idee dat het wetboek helder is zolang zij het zelf begrijpen. Inderdaad menen de beoefenaren wellicht te begrijpen wat de werkelijke betekenis van het begrip ‘wetende dat’ is. Maar hierboven is aangetoond dat zelfs de beoefenaren over dit vraagstuk vanuit verschillende uitgangspunten denken (ja, tenzij of: nee, tenzij), zodat ook zij het niet bij voorbaat met elkaar eens zijn. Wat is er dan logischer dan dat de wetgever het heft weer in handen neemt en net zoals in Aruba bij wetswijziging duidelijk omschrijft wat de grenzen zijn van de strafbaarheid?